SUL PUNTO CHE AL SOLO EREDE INSTITUITO PER TESTAMENTO SI DEVE...

Francesco Sormani

scheolocto

SUL PUNTO

CHE AL SOLO EREDE INSTITUITO PER TESTAMENTO SI DEVE AGGIUDICARE L'EREDITÀ DEL DEFUNTO TESTATORE, E NON ANCHE ALL'EREDE NECESSARIO, CHE SI RISERVA LA LEGITTIMA RIPUDIANDO L'EREDITÀ A NORMA DEL § 808 DEL CODICE CIVILE GENERALE AUSTRIACO

DISSERTAZIONE

DEL DOTTORE IN LEGGE

FRANCESCO SORMANI

NOTARO IN MILANO

MILANO

DA PLACIDO MARIA VISAJ

NEI TRE RE, A S. GIO. LATERANO

LUGLIO MDCCCXLIV

DISSERTAZIONE (1)

> *Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum: in aliis similibus non obtinet.* - *l.* 39, *ff. de legib.*

§ 1.

Parrà strano, che dopo ventisei anni dall'attuazione del Codice civile generale Austriaco, seguita in questo regno Lombardo-Veneto, nel giorno 1.° gennajo 1816, si sorga ora soltanto contro la pratica fin qui tenuta dai nostri tribunali di aggiudicare l'eredità *ex testamento* all'erede instituito, e *ab intestato* all'erede necessario, che ripudiando le disposizioni a di lui favore fatte nel testamento, si riservi la legittima che gli compete per disposizione di legge, giovandosi così del disposto dal § 808 del Cod. civ. gen. Aust.

---

(1) La presente *Dissertazione* è stata compilata nel 1842: un consimile caso ora avvenuto ne ha determinato la stampa.

§ 2.

Ma un caso avvenuto mi ha impegnato a ben esaminare le disposizioni della legge; ed ho dovuto convincermi della erronea intelligenza in questa parte sin qui data al Codice civile Austriaco, il quale in mio senso evidentemente, e letteralmente prescrive, che, quando vi è un testamento, che dispone di tutta l'eredità, al solo erede universale istituito devesi accordare l'aggiudicazione dell'eredità, salvo all'erede necessario il diritto al conseguimento della di lui legittima, come un creditore, un legatario.

§ 3.

Un tale sistema tendendo poi a togliere di mezzo un'infinità di malaugurate contestazioni fra parenti così stretti, ed a facilitare la liquidazione di un asse ereditario fra i diversi interessati, mi ha determinato, col parere di qualche intelligente che divide la stessa mia opinione, a rendere pubbliche le ragioni di essa, se non altro, perchè ben esaminato sotto tutti i rapporti questo punto di quistione, si dia una decisione di norma ai casi avvenire, o si provochi dalla sapienza del legislatore la vera intelligenza della legge. (§ 8 Codice civ. gen. Aust.): *Dubitatio super nova lege noviter emergens debet derimi per interpretatiónem conditoris — gloss. ad l. 10, cod. de legib.*

§ 4.

Moriva in Milano nel 1840 N. N. con testamento, col quale instituiva erede universale l'unico suo figlio maschio, lasciato a nove di lui figlie femmine un legato tacitativo di ogni loro diritto, anche di legittima sulla di lui eredità.

Accettò l'erede instituito puramente e liberamente la paterna eredità in base al testamento, ma le figlie dichiararono di *accettare la rispettiva porzione di legittima col beneficio dell'inventaro, e colla rinuncia alla disposizione testamentaria paterna,* e ciò *a norma,* si disse, *della facoltà concessa dal* § 808 del Cod. civ. gen. Aust.

Il tribunale senza sentire l'erede instituito aggiudicò l'eredità del defunto, per undici ventesimi al figlio maschio, a tenore del testamento, e per gli altri nove ventesimi, in ragione di un ventesimo a cadauna delle nove figlie a titolo di legittima successione.

Parve all'erede instituito irregolare ed ingiusto quel decreto, e ne interpose il reclamo all'eccelso appello, il quale lo annullò siccome difettoso nella forma, richiamando il tribunale di prima istanza all'osservanza del § 47 delle Istruzioni in materia di volontaria giurisdizione, posto che vi era da parte dell'erede instituito la pretesa a tutta l'eredità.

Una simile pendenza non ebbe seguito ulteriore, essendosi quei fratelli e sorelle, amorosissimi fra loro, facilmente combinati, mediante un piccolo aumento accordato dall'erede instituito alle stime degli enti ereditarj, in vista di che, liquidata la legittima delle figlie in una somma di denaro, annuirono queste a che l'eredità venisse intieramente, come lo fu dappoi, aggiudicata al solo erede instituito.

§ 5.

Noi soggiungeremo quindi le ragioni che favorire potevano l'assunto dell'erede instituito, e risponderemo dappoi a quelle obbjezioni che i sostenitori del contrario sistema possono opporre.

PARTE PRIMA

RAGIONI

§ 6.

Allorchè un figlio non ottiene dal testamento paterno quanto gli è dovuto in forza della legge, e rinuncia quindi al detto testamento, si verifica il caso di ripetere la legittima, e li di lui diritti vengono quindi regolati dalla legge unicamente.

§ 7.

Dobbiamo dunque esaminare quali siano su di ciò le disposizioni della legge, avendo presente, che sebbene la legittima abbia nel Codice civile Austriaco lo stesso scopo che aveva il diritto romano, quello cioè, di accordare ai figli una porzione nella eredità del padre, pure il Codice civile Austriaco contiene sulla legittima disposizioni *affatto differenti* ne'suoi effetti da quella del detto diritto romano, come ebbe ad avvertire il signor Nippel in un suo breve discorso a chi competa la legittima.

§ 8.

Il § 808 del Codice civ. gen. Aust., cui generalmente gli eredi legittimarj si appoggiano, e cui pure si appoggiano i tribunali nell'aggiudicare l'eredità ai medesimi nella quota legittima, richiede:

a) Che il figlio *sia stato instituito erede* nel testamento;

b) Che esso figlio non creda del suo interesse di accettare l'eredità *ex testamento*, per non essere esposto al pagamento di tutti i legati (§ 801, Cod. civ. gen. Aust. e § 783) assorbenti in parte la di lui legittima;

242

c) Che in conseguenza rinunci all'*eredità* deferita per testamento, *riservandosi* la porzione legittima.

Quindi il § 808 citato (1) non è punto applicabile al caso in cui il figlio sia stato intieramente diseredato e preterito senza legittima causa, oppure che non gli sia stato lasciato nel testamento paterno la quantità della legittima cui ha diritto.

§ 9.

In questi enunciati due casi i diritti del figlio legittimario sono determinati dal § 775 del Cod. civ. gen. Aust., e da tutte le disposizioni che sono sancite nel capitolo XIV che tratta della *porzione legittima*, e non dal successivo cap. XV che tratta *dell'acquisto del possesso dell'eredità*, e che risguarda propriamente l'erede che accetta, e non quello che ripudia l'eredità, come si verrà in seguito a dimostrare.

§ 10.

Il citato § 775 del Cod. civ. gen. Aust. dispone che *l'erede necessario diseredato senza alcune delle cause determinate nei §§ 773, 778, può domandare l'intera legittima a lui spettante, e se egli è stato pregiudicato nel detto importo della legittima, ne può domandare il compimento.*

§ 11.

Ma l'azione competente pel detto § 775 non è già quella di accettare l'eredità per la quota della legittima, ma bensì di agire contro l'erede instituito nel testamento, e contro i legatarj per conseguire la legittima a lui competente, giusta il § 783 del Cod. civ. gen. Aust. (2)

---

(1) § 808. Se è stato instituito un erede che anche senza dichiarazione d'ultima volontà avrebbe avuto il diritto di succedere nell'eredità in tutto o in una parte di essa, non può egli provocando alla successione legittima eludere la disposizione di ultima volontà, ma deve o adire l'eredità dipendentemente dalla disposizione testamentaria, o totalmente rinunziarvi. Gli eredi però, ai quali compete la legittima, possono ripudiare l'eredità, riservandosi la porzione legittima.

(2) § 783. In ogni caso in cui la competente porzione ereditaria o legittima non sia stata lasciata, o non per intero all'erede necessario, tanto gli eredi instituiti, quanto i legatarj contribuiscono in proporzione quanto occorre per soddisfarvi pienamente.

§ 12.

D'altronde se la legittima può lasciarsi anche a titolo *di legato* (§ 774 Cod. civ.) (1) ne viene di necessaria conseguenza, che non le disposizioni di legge relative all'aggiudicazione dell'eredità, ma quelle relative ai legatarj si devono alla legittima applicare; essendo appunto i legittimarj parificati ai legatarj ed ai creditori (§ 812 Cod. civ.) come meglio abbasso verrà dimostrato.

§ 13.

Supponiamo per un momento che un padre lasciasse ad un figlio a titolo di legato una somma superiore alla di lui quota di legittima, è certo che il medesimo accetterà il legato e non potrà essere considerato appunto che come legatario. Ora, se invece gli fu lasciato meno, non potrà per questa ragione non considerarsi, che come legatario, giacchè per il disposto del § 775 del Codice, non deve già intieramente rifiutare la disposizione, ma ha soltanto *il diritto di avere quanto manca al compimento della legittima.*

§ 14.

Di fatti la qualità di erede, o di legatario non si desume dalla maggiore o minore quantità di sostanza nel testamento lasciata, ma bensì dal modo, con cui viene lasciata la sostanza (§§ 532, 535 Cod. civ. gen. Aust.) (2)

---

(1) § 774. La legittima, anche senza questa espressa denominazione di legittima, può lasciarsi a titolo di porzione ereditaria o di legato. Ma essa si deve lasciare agli eredi necessarj pienamente libera. Qualunque condizione o peso con cui sia limitata è invalido. Se agli eredi necessarj vien lasciata una porzione maggiore di eredità, la condizione o il peso non può riferirsi che alla parte eccedente la legittima.

(2) § 532. Il diritto esclusivo di prendere il possesso dell'intero asse ereditario o d'una parte di esso determinata in relazione al tutto (per esempio della metà, d'un terzo) si chiama diritto di eredità. Questo è un diritto reale ed operativo contro chiunque voglia arrogarsi l'asse ereditario. Quegli che ha diritto all'eredità chiamasi erede; e l'asse ereditario in rapporto a lui si chiama eredità.

§ 535. Se ad alcuno viene lasciata non una parte di eredità in relazione al tutto, ma soltanto una cosa singolare, una o più cose di certo genere, una somma o un diritto, il lascito, benchè il suo valore costituisca la maggior parte dell'asse ereditario, si chiama legato; e quegli a cui favore è ordinato non è erede, ma legatario.

Ora, se all'erede necessario io posso lasciare una somma, una ò più cose singolari, se egli, nel caso che il lascito è minore della di lui quota di legittima, non ha diritto che al supplemento, il medesimo non vorrà, ne potrà già chiamarsi *erede*, ma dovrà piuttosto chiamarsi *legatario* per tutti i conseguenti effetti di ragione.

§ 15.

Dicesi che non vorrà nè potrà chiamarsi erede nel senso vero di erede, giacchè il *vero* erede è quello, che assume tutti i pesi dell'eredità, e l'adempimento di tutte le disposizioni dal testatore fatte (§§ 548, 801, 802, Codice).

Il legittimario viceversa che, ripudiando la disposizione paterna si riserva la legittima (§ 808 Codice), e che in conseguenza ben lungi di assumere l'obbligo del pagamento dei legati, ha il diritto di far concorrere i legatarj al soddisfacimento della di lui legittima (§ 783 Codice), non può nelle successioni per testamento chiamarsi vero erede nel senso dell'aggiudicazione a lui dell'eredità.

§ 16.

Giacchè — *quegli che vuol prendere in suo possesso una eredità deve dimostrare innanzi al giudice il titolo legale se essa cioè gli competa per disposizione di ultima volontà, per patto successorio valido, o per legge; e deve dichiarare espressamente che accetti l'eredità* (§ 799 Codice).

E quando si tratta d'una successione per testamento, si deve, od accettare totalmente l'eredità dipendentemente dalle disposizioni testamentarie, o totalmente rinunciarvi (§ 808 Codice), e così pure giustificare l'adempimento degli obblighi. (§ 819 Codice) (1)

---

(1) § 819. Tostochè dopo la fatta dichiarazione di adire l'eredità il legittimo erede sia riconosciuto dal giudice, e *siasi prestato all'adempimento degli obblighi*, gli si aggiudica l'eredità, e la ventilazione si chiude. Del resto l'erede per effettuare la traslazione della proprietà delle cose immobili deve osservare quanto prescrivesi nel § 436.

§ 17.

Dalle quali disposizioni ne deriva, che per ottenere l'aggiudicazione d'una eredità, è necessario:

a) la prova del diritto all'eredità,

b) l'accettazione di essa in relazione al titolo,

c) l'adempimento degli obblighi, che rispetto ai legati si risolve soltanto nel provare, che i legatarj *furono resi consapevoli dei legati a loro favore disposti* (§ 817 Cod.), salvo pei legati disposti a favore di cause pie, di culto, o di beneficenza, pei quali è anche necessario il previo soddisfacimento, o la presentazione della cauzione di soddisfarli (Notificazione 18 ottobre 1836 dell'I. R. governo di Milano).

§ 18.

Se manca l'uno o l'altro dei requisiti indicati nel precedente articolo, l'aggiudicazione non può aver luogo, perchè il citato § 799 contempla *un erede* universale *ab intestato*, *ed un erede* universale *per patto successorio o per testamento*, *che accetti l'eredità in consonanza al titolo*, non un *legittimario*, i cui diritti nascenti dalla riserva accordata dal § 808 sono *altrimenti* determinati.

§ 19.

Così il Codice, in spiegazione del § 727, che dichiara farsi *luogo in tutto od in parte alla successione legittima* anche nel caso in cui il defunto, *alle persone a cui in forza di legge avrebbe dovuto lasciare una porzione d'eredità non abbia lasciata la porzione dovuta*, rimette nel § 729 (1) le dette persone *a domandare giudizialmente la porzione loro competente giusta la norma del seguente capitolo*, cioè giusta il già citato capitolo decimoquarto, che tratta appunto della *porzione legittima*.

---

(1) § 729. La persona a cui il testatore era obbligato in forza delle leggi a lasciare una porzione di eredità, e che sia stata pregiudicata per la dichiarazione di ultima volontà, può provocare alla disposizione della legge, e domandare giudizialmente la porzione ad essa competente giusta la norma del capitolo decimoquarto.

§ 20.

Ora in questo capitolo decimoquarto la legge stabilisce la norma della liquidazione della legittima, *ma non parla che al legittimario si debba aggiudicare l'eredità*, stabilisce cioè che il legittimario ha il diritto:

a) di fare esattamente e regolarmente descrivere, e stimare gli enti ereditarj (§ 784);

b) di far dedurre dalla massa ereditaria i debiti e gli altri pesi che erano già inerenti al patrimonio, mentre viveva il testatore (§ 785);

c) di far contribuire gli eredi instituiti ed i legatarj pel soddisfacimento della legittima (§ 783).

§ 21.

In somma ha il legittimario il diritto di far liquidare la sua legittima od il supplemento di essa secondo che sia il caso di conferire, e di imputare ciò che gli fosse lasciato nella stessa disposizione del testatore (§§ 775, 787), o che avesse già avuto (§ 788 e seguenti), e di ripetere il relativo soddisfacimento dagli eredi instituiti e dai legatarj (§ 783); ma al di là di quanto si contiene nel detto capitolo XIV della porzione legittima, il legittimario non può altro pretendere.

§ 22.

La legge ha avuto cura che il legittimario non abbia ad essere pregiudicato nella sua quota di legittima, e gli ha per ciò dato il diritto di assistere all'atto di stima, e di fare le osservazioni che credesse opportune (§ 784). (1)

Considerando poi la legge, *che le stime sono la prova del valore delle cose* (§ 273 Reg. del processo civile), giacchè nella valutazione delle cose *si prende sempre per regola il prezzo comune* (§ 306 Codice civile), e che colla stima viene

(1) § 784. Possono gli eredi necessarj assistere all'atto della stima e fare le osservazioni che credono opportune, ma non possono pretendere la vendita degli effetti ereditarj all'oggetto di determinarne il vero valore.

quindi stabilito il vero valore dei mobili ed immobili ereditarj, su cui liquidare la legittima, ha prescritto che non può per questo il legittimario *pretendere la vendita degli effetti ereditarj all'oggetto di determinarne il vero valore* (§ 784).

§ 23.

Con ciò il Codice nostro non considera il legittimario come un *comproprietario* degli enti ereditarj, se gli rifiuta ciò che al comproprietario accorda (§ 843) (1) di far vendere cioè al pubblico incanto la cosa comune, e perciò non può al legittimario accordarsi l'aggiudicazione dell'eredità, il cui effetto sarebbe quello (§ 819) di trasferire in lui la comproprietà degli stabili mediante l'iscrizione col detto decreto nei pubblici registri (§ 436) (2) e di dargli quindi il diritto di far vendere anche la cosa comune (§§ 354 (3) 361, 362) che gli è letteralmente ed espressamente dal § 784 rifiutato. (4)

§ 24.

Il Codice civile nel più volte citato § 808 dando il diritto al legittimario di rinunciare alla disposizione testamentaria paterna, non lo costituisce già erede *ab intestato* per la di lui quota legittima, ma *gli riserva* soltanto la porzione legittima, al cui conseguimento deve agire nei modi determinati dal capitolo XIV, e non con quelli del cap. XV, unicamente riferibile a chi accetta l'eredità in base al testamento; allorchè vi è una testamentaria disposizione.

---

(1) § 843. Quando la cosa comune sia indivisibile, o almeno non possa dividersi senza grave diminuzione di valore, devesi, se anche un solo dei consorti lo esige, venderla al pubblico incanto e dividerne il prezzo fra i consorti.

(2) § 436. Se la proprietà delle cose immobili si trasferisce in forza d'una sentenza passata in giudicato, d'un giudiziale istrumento di divisione o di giudiziale immissione in possesso di eredità, si richiede egualmente l'inscrizione di questi.

(3) § 354. La proprietà considerata come diritto è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili d'una cosa.

(4) Ora se il legittimario non può far vendere la cosa ereditaria ne viene che non ne possa liberamente disporre, e che in conseguenza non possa essere chiamato proprietario.

§ 25.

Non può darsi una eredità parte *testata* e parte *ab intestato* per l'aggiudicazione dell'eredità, se non nel caso in cui vi sia una disposizione valida che non comprenda tutta l'eredità. È in questo solo caso che devolvendosi agli eredi legittimi la parte non lasciata ad alcuno (§ 728) (1) si fa luogo in relazione al (§ 749) all'aggiudicazione dell'eredità, in parte *per testamento* all'erede instituito, ed in parte *ab intestato* all'erede legittimo.

§ 26.

Ma quando vi è un testamento valido che dispone di tutta l'eredità, la persona a cui compete la legittima e che si trova lesa dal testamento non può invocare le disposizioni dei citati §§ 728, 799, 819; ma quelle invece, come si è detto del capitolo XIV che parla della porzione legittima come espressamente prescrive il § 729, essendo diversi i diritti per le azioni di un legittimario dai diritti e dalle azioni di un erede instituito, cui compete tutta l'eredità come erede *ab intestato*, o quella parte che non fu disposta.

Nel contemplato caso che un legittimario instituito erede nel testamento rinuncia alla disposizione di ultima volontà, riservandosi la legittima la di lui quota che gli competeva pel testamento si accresce agli altri eredi instituiti (§ 560) (2) e qualora non vi siano altri eredi instituiti l'eredità passa agli altri eredi legittimi, e questi non accettando, passa l'eredità ai legatarj, i quali in questo caso si considerano come

---

(1) § 728. Non essendovi disposizione valida di ultima volontà, conseguiscono gli eredi legittimi tutta la massa ereditaria del defunto. Quando vi sia una disposizione di ultima volontà valida, si devolve ad essi la parte non lasciata ad alcuno.

(2) § 560. Allorchè tutti gli eredi sono chiamati all'eredità senza determinazioni di parti, o con esprimere in generale la divisione per eguali porzioni, ed alcuno di essi non può o non vuole valersi del suo diritto ereditario, la porzione vacante si accresce agli altri eredi instituiti.

eredi *pro rata* (§ 726) (1) aventi l' obbligo di soddisfare la legittima colla proporzionata diminuzione de'loro legati (§ 783).

§ 27.

Al quale proposito non dobbiamo dimenticare che i diritti e gli obblighi di un legittimario sono determinati in una sede particolare del Codice, nel capitolo XIV, cioè, giova ripetere, che tratta della porzione legittima per l'espressa disposizione del detto § 729, nel mentre i diritti e gli obblighi dell'erede universale e dell'erede instituito sono specificati e stabiliti nel successivo capitolo XV *dell'acquisto e possesso dell'eredità*, dove si vuole, come si è di sopra avvertito, che l'erede *accetti espressamente l'eredità* secondo il titolo (se per testamento) per le conseguenze che ne derivano a di lui carico, sia verso i creditori, sia verso i legatarj (§§ 801, 802). (2)

§ 28.

Dominante è il principio nel Codice civile gen. della differenza tra l'erede instituito e l'erede necessario, ossia il legittimario, trovandosi nel precitato capitolo XV dell'acquisto di possesso dell'eredità accordato nel § 804, bensì anche a quello a cui compete la legittima il diritto di domandare la confezione dell'inventario, ma non già di accettare l'eredità col beneficio dell'inventario, essendo questo beneficio accordato unicamente nel precedente § 803 all'erede uni-

---

(1) § 726. Se nè l'erede, nè il sostituito voglia, nè possa accettare l'eredità, il diritto di succedere si devolve agli eredi legittimi, che debbono però eseguire le altre disposizioni del testatore. Se questi pure ripudiano l'eredità, i legatarj si considerano come eredi in proporzione de' loro legati.

(2) § 801. La dichiarazione pura fa sì che l'erede sia obbligato verso tutti i creditori del defunto per riguardo ai debiti, e verso tutti i legatarj per riguardo ai legati ancorchè l' asse ereditario non basti.

§ 802. Se l'eredità si adisce colla riserva del beneficio dell'inventario, il giudice procede tosto alla confezione dell' inventario a spese della massa ereditaria. Un tale erede è obbligato verso i creditori e legatarj solo in quanto l' asse ereditario basti per le loro pretensioni, ed anche per le sue proprie che gli competono indipendentemente dal diritto all' eredità.

versale *ab intestato*, ed all'erede per *testamento*, mentre se anche il legittimario si trovasse compreso nella disposizione del § 803 (1) era del tutto inutile la disposizione del successivo § 804.

È dunque un altro errore quello di adire e di ammettere l'adizione della legittima col beneficio dell'inventario.

§ 29.

Ora il legittimario che non riconosce la disposizione testamentaria e che ripudia l'eredità, riservandosi la legittima, non dovendo e non potendo accettare l'eredità col beneficio dell'inventario, non può per conseguenza nemmeno averne l'aggiudicazione.

§ 30.

E per verità l'effetto del beneficio dell'inventario è di obbligare l'erede al soddisfacimento dei debiti e dei legati soltanto in quanto l'eredità sia a ciò sufficiente (§ 802), circostanze queste che non possono verificarsi nel legittimario, giacchè la legittima viene liquidata e determinata sull'eredità depurata dalle passività, dovendosi dalla massa creditaria per liquidare la legittima detrarre i debiti (§ 785), e non può essere il legittimario tenuto al pagamento dei legati (§§ 783 e 786). (2)

---

(1) § 803. Il testatore non può togliere all'erede la riserva di questo legale benefizio, nè proibire la confezione dell'inventario. La stessa rinunzia che vi si fosse fatta nel patto successorio stipulato dai conjugi è inefficace.

§ 804. La confezione dell'inventario può domandarsi anche da quello a cui compete la legittima.

(2) § 784. Affinchè la legittima sia rettamente determinata . . . .

§ 785. Si deducono dalla massa ereditaria i debiti e gli altri pesi che erano già inerenti alla sostanza mentre viveva il testatore.

§ 786. La porzione legittima si computa, non avuto alcun riguardo ai legati ed ai pesi imposti dalla disposizione di ultima volontà.

§. 31.

Per il che il § 819 disponendo che l'aggiudicazione di un'eredità (testata) si concede, quando l'erede instituito abbia adempiuto agli obblighi dal testatore ingiunti, ossia l'adempimento o la notificazione dei legati (§ 817) ed il pagamento delle gravezze dove esistono (§ 818) (veggasi *Zeiller* § 819) somministra un'altra prova che la legge al solo erede instituito accorda l'aggiudicazione dell'eredità, non al legittimario, il quale ben lontano di avere l'obbligo del soddisfacimento e notificazione dei legati, ha invece il diritto di far contribuire gli eredi instituiti (notisi *eredi instituiti*), ed anche i legatarj *pro rata* al pieno soddisfacimento della di lui legittima o di quanto manca al compimento di essa (§§ 775, 783)

§ 32.

D'altronde se il legittimario per conseguire la di lui legittima dovesse avere l'aggiudicazione dell'eredità, o dovrebbe aspettare che l'erede instituito avesse adempiuto in quanto ai legati le prescrizioni del Codice, e trattandosi di legati pii quelle della notificazione governativa di Milano del giorno 18 ottobre 1836 (1), o bisognerebbe che il giudice, contro il sistema del § 819 del Codice, e del § 40 e seguenti delle Istruzioni in materia di volontaria giurisdizione, aggiudicasse separatamente l'eredità al legittimario per la di lui quota legittima, e successivamente all'erede istituito per la quota testamentaria.

§ 33.

Ma nel primo caso sarebbe assurdo che il legittimario che non ha veruna obbligazione verso i legatarj dovesse aspettare il di lui soddisfacimento dopo i legati, e correre

(1) La notificazione dell'I. R. governo di Milano 18 ottobre 1836, prescrive che *l'eredità non può essere aggiudicata prima che sieno regolarmente assicurati i legati destinati pei poveri, per le fondazioni, chiese, scuole, comunità religiose, ed altri pubblici istituti, ovvero per altri oggetti pii o di pubblica utilità. Il documento della fondazione potrà per altro venire esteso anche dopo l'aggiudicazione.*

così il rischio della diminuzione del patrimonio (§ 786). e nel secondo caso può di leggieri ognuno conoscere le incongruenze che ne nascerebbero nella liquidazione della legittima, massime nell'opinione di quelli, che attribuiscono al legittimario il diritto di essere soddisfatto in natura cogli enti ereditarj.

Infatti l'erede instituito generalmente, è anche un erede necessario, un figlio maschio per esempio in confronto alla figlia. Se noi facciamo due separate aggiudicazioni dell' eredità, l'una per titolo di legittima, l'altra per titolo di istituzione, verremo a considerare nel figlio maschio erede istituito due distinte qualità, quando coll'accettazione, che egli fa dell'eredità paterna in base al testamento, non può ravvisarsi in lui che la sola qualità di erede istituito, e non di erede necessario (§§ 806, 808), e non può a lui aggiudicarsi alcuna parte dell'eredità, se non dopo adempiuti gli obblighi relativi (§ 819).

§ 34.

Tutte queste assurdità svaniscono, ove si consideri il legittimario come un creditore verso l'eredità, tale infatti essendo considerato ne'suoi effetti secondo le disposizioni del Codice civile generale Austriaco.

§ 35.

Letterale è a questo riguardo il disposto del § 812, così espresso: *Se qualche creditore verso l'eredità, o legatario*, o erede necessario *teme che il suo diritto sia esposto a pericolo per la confusione dell'eredità* colla sostanza propria dell'erede, *può esigere* prima dell'aggiudicazione della eredità *che sia questa custodita dal giudice* o *amministrata da un curatore, che sopra di essa sia* prenotato *il suo diritto a che sia* soddisfatto.

§ 36.

Una tale disposizione evidentemente prova che l'erede necessario (il legittimario, § 764) è parificato ad un creditore, mentre se al legittimario competesse l'aggiudicazione

dell' eredità, inutile del tutto sarebbe a di lui riguardo il rimedio del § 812, perchè acquistando in detto caso il legittimario coll'aggiudicazione il compossesso della eredità e la comproprietà (§ 436) coll'erede instituito, non potrebbe più aver luogo a di lui riguardo la confusione dell'eredità colla sostanza propria dell' erede instituito, ed il soddisfacimento della legittima avrebbe a farsi col mezzo della divisione e non col mezzo dal § 812 additato, essendo che giusta la pratica adottata fin qui dai nostri tribunali, quando ad un'eredità concorre l'erede instituito con un erede necessario non viene già aggiudicata al primo l'eredità intiera, ma soltanto una porzione di essa, quella parte cioè che gli compete in forza del testamento, mentre il resto si aggiudica al legittimario.

§ 37.

Se pertanto all' erede instituito vengono aggiudicati per esempio sei dodicesimi dell'eredità, e se al legittimario vengono aggiudicati gli altri sei dodicesimi, ne viene, che la confusione dell'eredità colla sostanza propria dell'erede non potrebbe verificarsi che per soli sei dodicesimi, ossia per la metà dell' eredità, e che quindi non verrebbe mai il caso della confusione dal § 812 supposta a pregiudizio anche dell'erede necessario. (1)

§ 38.

Dunque, o dobbiamo conchiudere che il § 812 comunque parli dell'erede necessario non è punto a lui applicabile, e che quindi contro tutti i principj di giusta intelligenza delle leggi il legislatore abbia fatta un'inutile, anzi erronea disposizione, oppure dobbiamo conchiudere che in

(1) Infatti come potrebbesi verificare il caso che l' eredità si confonda a pregiudizio dell'erede necessario colla sostanza propria dell'erede, se il giudice aggiudica al legittimario la metà dell'eredità corrispondente alla legittima, e l'altra metà *soltanto* la aggiudica all'erede instituito? e se in conseguenza dell'aggiudicazione conseguisce la legittima dal giudice, e non dall' erede?

realtà il legislatore ha considerato il legittimario come un creditore dandogli tutte le azioni per assicurare il di lui diritto, e per essere *soddisfatto*, e riservando l'aggiudicazione dell'eredità al solo erede instituito.

§ 39.

Così infatti il già citato § 775 accorda all'erede necessario il diritto di domandare l'intera legittima, e se è stato pregiudicato *nel netto importo* di essa gli accorda il diritto di addomandarne il *compimento*, e tale diritto viene esercito contro gli *eredi instituiti* (§ 783), e col rimedio di far separare la sostanza dell'erede dall'eredità *prima che l'eredità sia aggiudicata* (§ 812).

§ 40.

Le parole *netto importo* e *compimento* somministrano per sè l'idea di una quantità, di una somma, che deve essere *soddisfatta*, nè di altre parole si serve il § 783 se non di quella che gli eredi istituiti ed i legatarj contribuiscono per *soddisfare* pienamente la legittima.

§ 41.

A convalidare una tale idea concorre anche il § 1487 (1) del Codice, il quale dichiara, che deve promuoversi entro tre anni il diritto *di esigere la porzione legittima o il supplimento di essa*, manifestando la parola *esigere* appunto l'idea di un credito.

§ 42.

Il quale § 1487, dinota altresì, che l'azione per conseguire la legittima od il di lei supplemento non è quella di una petizione di eredità, o di una divisione, dacchè l'azione

---

(1) § 1487. Il diritto d'impugnare una dichiarazione di ultima volontà, di esigere la porzione legittima o il supplimento di essa, di rivocare una donazione per ingratitudine del donatario, di rescindere un contratto oneroso a titolo di lesione oltre la metà, o d'impugnare la fatta divisione d'una cosa comune; come pure l'azione per causa di timore o di errore intervenuto nel contratto nel quale l'altro contraente non siasi fatto reo di dolo, debbono promuoversi entro tre anni. Passato questo tempo, rimangono prescritti.

di petizione di eredità può esercitarsi anche dopo aggiudicata l'eredità ad altri (§ 823) (1) finchè non siano trascorsi gli anni trenta (§ 1479) (2) e l'azione di divisione di una cosa comune non è prescrivibile (§ 1459, 1481). (3)

§ 43.

Perciò coll'accordare l'aggiudicazione dell'eredità al legittimario, col renderlo con questo mezzo comproprietario della sostanza ereditaria si verrebbe a rendere inefficace il § 1487, e si verrebbe non solo a prolungare il termine della prescrizione, ma a toglierlo intieramente contro il disposto dalla notificazione governativa 12 aprile 1819.

§ 44.

Da tutto quanto si è detto ne deriva:

a) che il solo erede istituito ha il diritto di conseguire tutta l'eredità coll'onere di soddisfare pienamente, anche quanto è dovuto al legittimario. (*Zeiller al* § 783.)

b) che in conseguenza l'aggiudicazione dell'eredità deve darsi soltanto all'erede istituito, che abbia accettato in base al testamento l'eredità, ciò evidentemente e letteralmente disponendosi dai succitati §§ 799, 812, 819.

§ 45.

A conferma di quest'ultima conclusione possono anche citarsi altre disposizioni di legge.

Di fatti li §§ 648, 653 (4), 685, 686 del Cod. civ. gen. Aus.

---

(1) § 823. Anche dopo ottenuta l'aggiudicazione, quegli che pretende di avere un eguale o prevalente diritto di succedere può agire contro il possessore dell'eredità, affinchè gliela ceda o la divida con lui. Per conseguire la proprietà delle cose singole all'eredità appartenenti deve procedersi non in via di petizione d'eredità, ma coll'azione vendicatoria della cosa.

(2) § 1479. Tutti i diritti contro il terzo, senza differenza se siano o no inscritti ne'pubblici libri, si estinguono di regola col non uso di trent'anni o col silenzio osservato durante questo tempo.

(3) § 1481. Non si possono prescrivere . . . l'obbligazione, per esempio, di dividere la cosa comune.

(4) § 653. Si può legare tutto ciò ch'è in commercio: cose, diritti, opere ed altre azioni che hanno valore.

attribuiscono al testatore la facoltà di fare al coerede un prelegato e di disporre per legato delle cose speciali esistenti nell'eredità, come un effetto mobile, uno stabile; ed il § 787 obbliga l'erede necessario ad imputare nella sua porzione di legittima ciò che conseguisce effettivamente dalla massa ereditaria.

Ora se al legittimario che rinuncia alla disposizione testamentaria si aggiudica l'eredità per la quota corrispondente alla legittima *indipendentemente dal testamento e non avuto riguardo al testamento* come si vede ora praticato, e come se rispetto a lui si trattasse di una successione legittima, ne verrebbe la conseguenza assurda, che contro la citata disposizione di legge potrebbe il legittimario disconoscere il prelegato ed il legato speciale, e pretendere che, l'effetto mobile e stabile, disposto nel testamento, dovesse formar parte in di lui concorso dell'asse divisibile, se rispetto a lui l'eredità per la di lui quota di legittima viene aggiudicata indipendentemente dal testamento.

§ 46.

Il quale assurdo viene ad essere tolto non accordando al legittimario l'aggiudicazione dell'eredità, giacchè quando il testatore ha lasciato al legittimario una somma od una cosa, non è lecito al medesimo di rifiutare la cosa, o la somma lasciatagli, ma se il lascito è inferiore alla sua legittima, ha soltanto il diritto *di domandare il compimento* (§ 775).

§ 47.

Ora è un vero errore l'estendere la facoltà del § 808 di ripudiare l'eredità riservandosi la porzione legittima al ripudio anche del legato, e l'errore nasce dal non riflettere che il § 808 contempla il caso che l'erede necessario sia anche simultaneamente erede nel testamento. È in questo solo caso che l'erede necessario può ripudiare l'eredità *ex testamento* riservandosi la legittima, ripetibile nei modi del capitolo XIV, ma quando l'erede necessario, o non è stato istituito erede, o gli venne lasciato soltanto un legato mi-

nore della legittima, il di lui diritto non è più desumibile dal § 808, ma bensì dai §§ 775, 783. È nelle disposizioni del capitolo XIV che tratta della porzione legittima, dove il legittimario deve cercare l'esercizio delle di lui ragioni, non nel capitolo XV dell'acquisto del possesso dell'eredità, che riguarda *unicamente l'erede universale* intestato nelle successioni intestate, od instituito in quella per testamento rispetto al caso in cui il testamento non disponga di tutta l'eredità, motivo per cui il § 812 ha accordato anche all'erede necessario egualmente che al creditore, od al legatario di esigere la separazione dell'eredità dalla sostanza dell'erede instituito, prima che *l'aggiudicazione dell'eredità sia al detto erede instituito accordata.*

§ 48.

In questo modo la intese anche il defunto avvocato Carozzi nella sua Giurisprudenza del Codice civile Austriaco, il quale nel volume XIX pubblicato in Milano nel 1829, dopo di aver posta la domanda, se il legittimario abbia ad avere l'aggiudicazione dell'eredità, ossia immissione in possesso, risponde negativamente. Noi riportiamo le di lui parole del *capitolo primo, del possesso dell'eredità.*

(§ 6) « Il legittimario (dice l'avvocato Carozzi) per mio » avviso deve riguardarsi piuttosto come legatario, che come » erede, perciocchè egli non rappresenta il defunto *come* » *l'erede a titolo universale,* ed anche indipendentemente » dal testamento può ripetere la legittima a titolo particolare » come diritto personale a lui accordato dalla legge per » la sua sola qualità di figlio o genitore *indipendentemente* » *da quella di e redetestamentario o legittimo.* Di fatti la legit- » tima è dovuta a titolo particolare come ben lo dimostra » il § 787 del nostro Codice, il quale dispone che tutto » ciò che gli eredi necessarii conseguiscono effettivamente » dalla massa ereditaria per legato o per altre disposizioni » del testatore, si imputa nella loro porzione, di modo che » il legittimario può essere tacitato della sua legittima con

708

» tanti legati sopra cose dell'eredità, e perciò con ragione
» può dirsi che egli deve riguardarsi come legatario, piut-
» tosto che come erede. »

(§ 7) « Inoltre il legittimario percepisce non da sè, ma
» dall'erede universale, che è obbligato a tutti i pesi, la sua
» porzione legittima pienamente libera e senza alcun peso
» od obbligo, tranne quello di restituirla all'erede nel caso
» che si scoprissero debiti, i quali non fossero stati cono-
» sciuti e contemplati. Egli, secondo l'espressione del § 1487
» del nostro Codice, *esige* e perciò *riceve da un altro che*
» *paga*. Egli esigendo la legittima conserva ogni altro suo
» credito verso la sostanza del defunto, e con essa non lo
» confonde, come lo confonde l'erede. Egli può ripudiare la
» eredità e riservarsi la porzione legittima. Ora queste osser-
» vazioni, prescindendo da altre che potrebbonsi fare, pro-
» vano la diversità che c'è tra il legittimario e l'erede, e che
» l'erede soltanto è tenuto a domandare l' immissione nel
» legale possesso, non già il semplice legittimario.

PARTE SECONDA

RISPOSTA ALLE OBBIEZIONI

§ 49.

Dopo le disposizioni positive della legge, che abbiamo ravvicinate e concordate, non è possibile il supporre, che nella legge stessa vi siano altre disposizioni egualmente positive in contrario alla sostenuta tesi; se non che risolvendosi le obbiezioni si verrà sempre più a convalidare l'assunto, locchè per altro porterà la necessità di ripetere cose già dette.

§ 50.

Obbiezione I. Il § 727 del Codice dispone, che si fa luogo in parte alla successione legittima, anche nel caso in cui non si lasci la porzione dovuta alla persona a cui in forza di legge il defunto avrebbe dovuto lasciare una porzione di eredità; dunque, si dice, se in detto caso si fa luogo alla successione legittima, si deve pure aggiudicare al legittimario l'eredità per la di lui quota come erede legittimo.

§ 51.

Una tale obbiezione è più apparente che solida, giacchè dobbiamo esaminare gli effetti che dalla citata disposizione del § 727 ne derivano.

§ 52.

Ora il § 727 contempla diversi casi:

a) Se il defunto non ha fatto una valida disposizione di ultima volontà, ed in questo caso, giusta il § 728, si devolve agli eredi legittimi tutta la massa ereditaria del defunto, verificandosi in questo caso la successione intiera *ab intestato.*

b) Se il defunto non ha disposto dell'intiero suo patrimonio, ed in questo caso, giusta il citato § 728, si devolve agli eredi legittimi la parte non lasciata ad alcuno, ma gli eredi legittimi conseguendo unicamente la parte non lasciata ad alcuno deggiono rispettare il testamento in tutte le di lui disposizioni, e così deggiono rispettare i legati tutti: locchè conferma contro l' erede legittimario l' osservazione fatta nel § 45;

c) Se gli eredi instituiti non vogliono o non possono accettare l' eredità; ed in questo caso l' eredità se non vi è l' erede sostituito che la accetti (§ 604) si devolve agli eredi legittimi, i quali però deggiono eseguire le altre disposizioni del testatore (§ 726).

I quali tre casi rispettando la disposizione testamentaria in quanto validamente esista non sono applicabili all'obbiezione.

d) Rimane il quarto caso enunciato nel § 50 quando cioè il defunto non abbia lasciato la porzione dovuta alle persone cui avrebbe dovuto lasciare una porzione di eredità, cioè che non abbia lasciato in tutto od in parte la legittima all'erede necessario.

E qui abbandonando il caso del figlio preterito per errore cui provvedono i §§ 777 e 778 del Codice, che tengono in tutto od in parte ferma la disposizione testamentaria, osserveremo, che se il figlio è scientemente preterito del tutto non ha diritto che alla legittima (§ 776), e che dove venne al detto figlio lasciata una parte minore della legittima può domandare quanto manca al di lei compimento, ma ciò unicamente *giusta la norma del capitolo XIV* che tratta della porzione legittima (§§ 729 e 775).

Per cui avendo noi dimostrato nella Prima Parte che per le disposizioni del detto capitolo XIV non si deve al legittimario aggiudicare l' eredità quando vi è una disposizione valida di ultima volontà, che abbraccia tutta l' eredità, abbiamo per conseguenza dimostrato che l'obbiettato

§ 727 non distrugge il nostro assunto, ma anzi lo convalida, in quanto che l'erede legittimo cui non sia stata lasciata la porzione dovutagli non ha già il diritto di far valere a di lui riguardo tutti gli effetti di una successione intestata, ma soltanto il diritto (§§ 729, 775) di ripetere la legittima colle norme speciali stabilite e designate nel citato capitolo XIV che parla appunto della porzione legittima.

§ 53.

Obbiezione II. Si oppone, che il legittimario è denominato erede necessario (§ 764), e che la di lui quota è denominata porzione ereditaria, o porzione di eredità (§§ 727, 729, 762, 764, 773, 774, 795, 808).

§ 54.

A ciò si risponde che il nome per sè stesso nulla influisce dovendosi esaminare le disposizioni che determinano gli effetti ed i relativi diritti onde conoscere il valore che la legge attribuisce a quella denominazione.

Ora la legge dice anche nel § 774 che *la legittima anche senza questa espressa denominazione può lasciarsi a titolo di porzione ereditaria, o di legato,* ed il § 775, soggiunge che se l'erede necessario *è stato pregiudicato nel retto importo della legittima ne può domandare il compimento.*

Quindi è che se il padre ha lasciato al figlio diecimila lire per la di lui legittima od in legato senz'altro di più, e che dall'inventario dell'eredità fatto colle norme prescritte nei §§ 784, 786, risulti competergli per legittima lire dodicimila; il detto figlio non ha che il diritto di domandare le rimanenti lire duemila *al compimento* delle lire dodicimila stando ferma la disposizione delle lire diecimila, e non già di rinunciare alla disposizione testamentaria per provocare alla successione legittima, metodo del tutto erroneo come si è dimostrato.

Dall'altra parte malgrado che il Codice chiami il legittimario erede necessario e la legittima porzione ereditaria, fa benissimo una marcata differenza tra l'erede universale ed il legittimario, tra la massa ereditaria e la legittima, giacchè nel § 808 si dice *che gli eredi ai quali compete la legittima possono ripudiare l'eredità riservandosi la porzione legittima.*

Quindi il Codice distingue benissimo chiamando *erede* quello che accetta l'eredità, e che succede perciò nella universalità dei diritti e degli obblighi del defunto da quello che ripudiando l'eredità si riserva la porzione legittima, che non assume veruna obbligazione nè verso i legatarj, nè verso i creditori del defunto, e che non ha altro diritto che a far liquidare la di lui legittima nei modi dallo stesso Codice prescritti nei suddetti §§ 784 e 785, *ed a far contribuire gli eredi istituiti ed i legatarj in proporzione quanto occorre per soddisfarvi pienamente* (§ 783), a condizione della prescrizione dell'azione di *esigere la porzione legittima o il supplimento di essa*, ove non sia promossa entro tre anni (§ 1487).

E che il solo erede instituito e non il legittimario sia ritenuto l'unico erede nel senso proprio di successore e di rappresentante il defunto, lo si raccoglie da tutte le altre disposizioni del Codice dal § 809 in avanti, come si è diggià avvertito.

§ 55.

Obbiezione III. Si oppone che la legittima è la metà di quello che al legittimario sarebbe provenuto nella successione *ab intestato* (§ 765), e che quindi se nella successione intestata compete a ciascun erede la comproprietà degli enti ereditarj, deve pure anche il legittimario considerarsi comproprietario coll'erede testamentario per la quota legittima.

§ 56.

A ciò si risponde che la disposizione del § 765, è unicamente diretta a determinare la quantità della legittima, mentre il modo della liquidazione e del pagamento è stabilito chiaramente nei successivi paragrafi di quel capitolo,

che attribuiscono al legittimario il diritto di essere *soddisfatto* dall'erede dell'ammontare di sua legittima come un creditore (§ 783, 812), locchè evidentemente si dimostra anche più abbasso.

§ 57.

Obbiezione IV. Si oppone il § 786 il quale dispone che *fino a che la porzione legittima sia stata realmente formata ed assegnata specificatamente a ciascuno degli eredi, si considera l'eredità riguardo al lucro ed al danno come un bene comune in proporzione tra l'erede instituito e l'erede necessario.*

§ 58.

Anche a questa obbiezione non è difficile la risposta.

Il Codice dispone nel § 797 che nessuno può d'autorità propria prendere possesso dell'eredità, ed è come conseguenza del § 819 che non può ritenersi definitivamente trasferita l'eredità nell'erede se non dopo l'aggiudicazione della eredità, giacchè comunque l'erede abbia il diritto all'eredità sopravivendo al testatore in modo di poterlo trasmettere liberamente ai di lui eredi (§ 537) e di cedere il di lui diritto ereditario (§ 1278), pure non può disporre dei singoli enti ereditarj capitali senza il decreto del giudice per l'effetto della inscrizione del terzo avente dato da lui nei pubblici registri se non dopo che l'eredità gli sia stata aggiudicata, dovendosi piuttosto considerare infrattanto come un amministratore dell'eredità (*Zeiller al* § 810).

§ 59.

Quindi è naturale che finchè il giudice non accorda il decreto di assegno, di aggiudicazione dell'eredità, abbia questa a considerarsi come un bene comune tra l'erede universale, e quello cui ne compete una porzione in consonanza anche agli articoli 1048 e 1050.

§ 60.

Ma s'inganna assai chi ne vuole dedurre la conseguenza che perciò all'erede necessario competa la divisione in na-

tura degli enti ereditarj, altro essendo l'epoca che stabilisce l'assegno ed il rilascio in piena proprietà, altro il modo del pagamento.

§ 61.

La legge a luogo di portare l'assegno e la liquidazione della porzione legittima all'epoca della morte del testatore, ha lasciato al giudice una latitudine di portarla ad un'epoca posteriore per dar luogo così a meglio conoscere la sussistenza od insussistenza di alcune attività o passività (*Zeiller e Nippel al suddetto* § 786).

§ 62.

Ciò per altro non porta una variazione nel modo del pagamento della legittima, e l'espressione *realmente formata ed assegnata specificatamente* si risolve nella indicazione ossia nella determinazione della quantità non nell'assegno di un ente piuttosto che di un altro.

§ 63.

D'altronde le parole del § 786: *la porzione legittima si computa,* dà l'idea più propria precisa di una somma, e la stessa espressione che *l'eredità riguardo al lucro ed al danno, si considera come un bene comùne* limita l'idea della comunione per l'effetto del lucro e del danno, non già per la comproprietà all'effetto di farne la divisione in natura.

§ 64.

Di fatti se la legge considerasse il legittimario come un comproprietario, la disposizione in questa parte del § 786 era affatto inutile, giacchè è della natura della comproprietà che gli utili ed i danni in aumento od in diminuzione alla proprietà che avvengono durante la comunione sieno comuni tra i comproprietarj.

§ 65.

Ma siccome il Codice ha appunto stabilito, che al legittimario non si deve la porzione legittima che in una somma in danaro dietro la di lei liquidazione sulla stima degli enti ereditarj, e colla deduzione delle passività e pesi inerenti mentre viveva il testatore, così per combinare le disposi-

zioni sul possesso della cosa, che alla morte del testatore non passa nell'erede, il quale non può prenderne il possesso senza il decreto del giudice, ha dovuto farne soggetto di una speciale disposizione riguardo al lucro ed al danno, considerando in questo frattempo l'eredità come un bene comune.

§ 66.

Non è egli vero che se diversamente fosse la cosa, il Codice a luogo di dire *si considera l'eredità come un bene comune riguardo al lucro ed al danno*, avrebbe detto: *l'eredità è un bene comune tra l'erede instituito e l'erede necessario?* Non è egli vero, che avrebbe detto esplicitamente che all'erede necessario si deve aggiudicare l'eredità quando invece l'aggiudicazione dell'eredità viene dal § 819, unicamente accordata all'erede universale, che deve provare di averne adempiuto gli obblighi, come nel caso di eredità testata è la notificazione dei legati? (*Zeiller e Nippel al* § 819).

§ 67.

Abbiamo già indicato che la notificazione dell'I. R. governo di Milano 15 ottobre 1836, prescrive che l'eredità non può essere aggiudicata prima che siano assicurati regolarmente i legati destinati pei poveri, per le chiese, ed in genere per istituti pii o pubblici. Diremo forse che l'erede necessario che non è tenuto ai legati non possa conseguire la sua legittima se non dopo assicurati quei legati pii o di beneficenza? Eppure sarebbe questa l'erronea conseguenza che ne deriverebbe se si ritenesse che anche al legittimario si dovesse aggiudicare l'eredità contro la precisa regolare intelligenza dell'obbiettato § 786.

§ 68.

Nella prima edizione del Codice civ. Aust. il citato § 786 diceva: *sino a che sia realmente seguita la tradizione*, a luogo di quanto si legge nella seconda edizione dichiarata la ufficiale, cioè, *fino a che la porzione legittima non sia stata formata ed assegnata specificatamente.* Quest' ultima

dizione conferma che la legittima può essere liquidata e formata indipendentemente e prima dell'aggiudicazione dell'eredità, chè non trattasi già di effettiva materiale tradizione al legittimario degli enti ereditarj, ma bensì di assegno specificato della quota di legittima come quantità, e che effettuata la formazione ossia liquidazione della legittima ed il di lei assegno che costituisce debitore l'erede universale del soddisfacimento, cessa, rispetto all'erede necessario, l'effetto di ritenere l'eredità come un bene comune per l'oggetto del lucro e del danno, salva poi la definitiva aggiudicazione all'erede universale adempiuti gli obblighi rispetto a' legati, tasse ecc.

§ 69.

Del resto che il legittimario non abbia diritto al conseguimento della legittima in natura ma soltanto di essere soddisfatto in danaro lo ritennero generalmente gli interpreti e scrittori sul Cod. civ. Gen.

Zeiller al § 784 dice: *l'erede necessario ha la facoltà di assistere all'atto della stima, e di fare le osservazioni che crede opportune sul valore degli effetti verisimilmente maggiore, ma egli non può pretendere nè che gli vengano date le cose in natura, nè la vendita di esse quando non sia instituito, che per una somma determinata e per la legittima, poichè gli eredi chiamati hanno il diritto di conseguire la sostanza lasciata nello stato in cui si trova.*

Della stessa opinione sono il *Nippel al detto* § 784*; il Taglioni nel di lui Commentario sul Codice che stampava nel* 1819, *Vol.* 5, § 617*; il Carozzi nella sua Giurisprudenza sul Còdice civ. Aust., Vol.* 18, *Cap. V*, § 7, *ed altri.* (1)

§ 70.

Obbiezione V. Si oppone, che non accordandosi al legittimario di conseguire in natura gli enti ereditarj viene ad essere pregiudicato nella differenza di valore dei detti enti tra la stima e la realizzazione.

(1) Veggasi l'Avvertenza in fine.

§ 71.

Una tale obbiezione è per altro del tutto insussistente, giacchè dove la legge chiaramente dispone, e dove non può essere in tutti i casi indistintamente eseguita, non ci è lecito di formare delle supposizioni.

§ 72.

La legge ha espressamente dichiarato che il legittimario non può pretendere la vendita degli effetti ereditarj, all'oggetto di determinare il vero valore, ma ha ritenuto sufficiente all'interesse del legittimario la stima regolare di essi, dandogli la facoltà di assistere alla stima e di far tutte quelle osservazioni che può credere del di lui interesse sul maggior valore.

§ 73.

Essendo la stima *la prova del vero valore della cosa* (§ 263 del Regolamento del processo civile), e dovendosi nella valutazione delle cose prendere *sempre per regola il prezzo comune* (§ 306 Cod. civ.), come si è già osservato, ne viene, che non dobbiamo più legalmente parlando aver riguardo al ricavo, che se ne possa ritrarre in una vendita, che può e non può farsi dall' erede universale, e dove il prezzo può essere minore o maggiore della stima indipendentemente dal vero valore e per circostanze affatto particolari ed estranee.

§ 74.

D'altronde è canone di giurisprudenza che la legge deve essere uniforme per tutti i casi consimili, che le limitazioni ad una disposizione generale deggiono esservi nella stessa legge, e che l'esecuzione non deve condurre ad assurdità.

§ 75.

Ora supponiamo il caso che in una eredità non vi sia che un solo stabile, che non possa comodamente dividersi in tante parti quante siano le quote di eredità e di legittima: domando io come in questo caso si farà?

O voi dite, che in questo caso si deve passare alla vendita per dividerne il prezzo tra i consorti a termine del § 843, ed in allora voi introducete una limitazione che non vi è nella legge, la quale come si è veduto dispone in via generale (§ 784), che gli eredi necessarj non possono pretendere la vendita degli effetti creditarj per determinarne il loro valore.

O voi dite, che in questo caso il legittimario deve accontentarsi del valore di stima, ed in allora voi introducete una differenza nell' applicazione della legge contro il principio che la legge è generale pei casi tutti.

§ 76.

Lo stesso è nel caso in cui il testatore abbia fatto un legato speciale per esempio di uno stabile. Se in questo caso l'erede necessario, come non vi è dubbio, deve rispettare il legato accontentandosi della stima del detto stabile per calcolare la di lui legittima, ne viene di conseguenza che la legge ha appunto stabilito la sola stima degli enti creditarj per l'interesse dell'erede necessario, applicandosi la stima a tutti i casi che abbiamo accennati, e venendo così la legge ad essere in tutti i casi egualmente adempiuta.

§ 77.

A ciò si aggiunge che generalmente la legittima è una quota minore di quella che compete all' erede instituito, e che il legittimario è tenuto il più delle volte ad imputare nella di lui quota quanto ebbe già a ricevere, cosicchè il più delle volte riesce difficile per non dir impossibile di fare la divisione in natura.

§ 78.

Così supponiamo il caso per il quale si scrisse la presente Dissertazione, di una eredità di dieci figli, dove alle nove sorelle legittimarie competa una ventesima parte dell' ere-

dità, ed alle quali per effetto dell'imputazione delle doti loro date in somma diversa competa a saldo della legittima, all'una L. 30/m, all'altra L. 20/m, all'altra L. 10/m, e così via discorrendo; come mai poter fare tanti lotti di un valore minimo, che corrispondano alla minima quota dovuta a saldo della legittima? E se questi lotti non possono così formarsi torneremo alla stessa conclusione, che il legittimario non potendo pretenderne la vendita deve pure accontentarsi della stima, e che quindi la stima è l'unico modo generale dalla legge stabilito per la liquidazione della legittima.

§ 79.

Nè si potrebbe dal legittimario pretendere per aumentare la quota di legittima per la divisione in natura di restituire la dote in danaro avuta, e di assumere una corrispondente quantità di passività ereditarie quando ve ne siano, o di pagare in danaro il maggior valore dello stabile, giacchè tutte queste pretese sarebbero in opposizione alle disposizioni della legge.

§ 80.

Il Codice civile generale non permette la restituzione di quanto si ricevette per esempio, in dote, disponendo invece che la dote deve conferirsi ed imputarsi sulla legittima (§§ 788, 794), ed è tanto lontano che il legittimario possa restituire quanto ebbe a ricevere in vita dal testatore, che il § 793 dispone invece che il figlio il quale nulla ricevette dal padre, deve prima della divisione ottenere sulla eredità una quota eguale a quella che l'altro figlio ha già ricevuto.

§ 81.

Nè può il legittimario assumere le passività ereditarie, mentre la legittima viene liquidata colla deduzione dalla massa ereditaria dei debiti ed altri pesi inerenti al patrimonio mentre viveva il testatore (§ 785).

§ 82.

E molto meno può pretendere di avere stabili di un valore maggiore della propria quota in quanto che le disposizioni tutte del Codice combinano a far conoscere che il legittimario non ha che il diritto di conseguire quanto manca al compimento della legittima (§§ 775, 783).

§ 83.

Nè può dirsi ingiusta ai legittimarj e straordinaria la disposizione, che la legittima possa essere pagata in danaro, se le più recenti legislazioni di stati vicini l'hanno adottata.

Così il nuovo Codice Sardo Albertino, nell'articolo 946, dispone essere in libertà dei fratelli di pagare l'ammontare della legittima o quota virile alla sorella *o in danari o in stabili ereditarj a giusto estimo*, soggiungendo che sino a che ne sia seguito il pagamento, la femmina e suoi discendenti *saranno considerati comproprietarj dei beni ereditarj*.

Così anche il nuovo Codice della Repubblica e del Cantone del Ticino attuato nel 1837, dopo di avere come il nostro Codice civile Austr. al § 335 dichiarato che *la legittima assegnata ai discendenti è la metà di quella che sarebbe loro provenuta nella successione intestata*, e dopo diverse altre disposizioni conformi e desunte dal detto nostro Codice civile, dispone nel § 340 che *la porzione legittima o il supplemento della medesima viene corrisposta in natura o in denaro a scelta dell'erede*, e notisi che lo stesso Codice Ticinese chiama pure nel § 334, *eredi necessarj i figli*, ed erede necessario è pure denominato nel § 338 e seguenti. (1)

---

(1) Abbiamo riportato volontieri la conforme legislazione di due paesi regolati con principj diversi politici per rimarcare quanto siansi modificate le idee nate nel tempo della rivoluzione sulla divisione dei patrimonj, e quanto il *naturale* diritto di proprietà venga riconosciuto contro le massime di alcuni novatori sovvertitrici di ogni ordine sociale.

CONCLUSIONE

§ 84.

Dopo le premesse cose possiamo stabilire le seguenti conclusioni:

a) L'erede necessario non ha diritto a conseguire la di lui legittima in natura, ma soltanto il soddisfacimento in denaro di quanto gli può competere sulla stima degli effetti ereditarj (1), fatta la deduzione delle passività e pesi, e l'imputazione di quanto possa avere già ricevuto; (2)

b) L'aggiudicazione della eredità deve essere accordata nel caso di eredità testata al solo erede instituito, che abbia accettato l'eredità in base al testamento;

c) Il giudice nel caso che gli eredi necessarj siano tutti maggiori d'età lascia che i medesimi provvedano al loro interesse come crederanno del caso, e scorso il termine prefisso ai medesimi a norma delle *Istruzioni per le Preture in affari non contenziosi*, senza che l'erede necessario abbia fatto opposizione o chiesti i provvedimenti del § 812, accorda senz'altro all'erede instituito l'aggiudicazione di tutta l'eredità;

d) Se fra gli eredi necessarj vi sono dei minori di età, passa prima dell'aggiudicazione dell'eredità all'erede instituito alla liquidazione ed assegno della legittima (§ 786), e provvede per il corrispondente pagamento ed assicurazione.

---

(1) Veggasi l'Avvertenza qui retro.

(2) Non crederei per altro che nemmeno il Codice civile generale tolga la facoltà all'erede instituito di pagare il legittimario cogli enti ereditarj al prezzo della seguita stima, considerando il pagamento in danaro come una facoltà, un diritto in arbitrio del debitore (arg. § 906 del Codice), ma in questo caso l'assegno in natura in via di dato in paga deve farsi col mezzo della sorte.

§ 85.

Per tale maniera l'interesse degli eredi necessari e degli eredi instituiti è regolarmente stabilito in relazione alle disposizioni del Codice, che col mettere l'eredità nelle mani del giudice, e coll'ordinare il decreto dell'aggiudicazione al vero erede riconosciuto, ha semplificato la materia del trapasso delle sostanze del defunto negli eredi, togliendo tutti gli inconvenienti della prova della qualità ereditaria, della tacita accettazione dell'eredità, e simili per gli effetti di ragione in concorso dei terzi: e vuolsi osservare che per tale maniera saranno pure diminuite quelle contestazioni che ora nascono facilmente alla morte di un padre di famiglia nel riparto di sua eredità, tanto più sconvenienti in quanto turbano la tranquillità e la concordia che pur sempre essere vi dovrebbe tra persone e famiglie così strettamente congiunte.

FINE.

AVVERTENZA

Erasi già da qualche tempo consegnata la presente Dissertazione allo stampatore, che faceva le pratiche opportune per ottenere il permesso di stamparla, allorchè venne pubblicato nella Gazzetta di Milano la notificazione governativa 20 marzo 1844, portante a pubblica notizia la Sovrana declaratoria seguente: « L'erede necessario non ha pel § 784 del » Cod. civ. gen. alcun diritto ad una parte proporzionata delle singole cose » mobili ed immobili spettanti all'eredità, ma solamente al valore della sua » quota ereditaria calcolato nella stima giudiziale. »